

El *enforcement* del acuerdo de mediación civil y mercantil en el ámbito internacional: Análisis, Estudio Comparado y Recomendaciones

Juan Ramón Navas Glembotzky

Facultad de Derecho
Université de Liège

BARCELONA, ABRIL 2014

*Abstract*¹

El presente trabajo lleva a cabo un análisis y estudio comparado del enforcement del acuerdo de mediación civil y mercantil en el ámbito comunitario y extracomunitario, analizando de forma pormenorizada aquellas jurisdicciones más relevantes en el plano internacional. Posteriormente, y en aras de dotar de una dimensión práctica al trabajo, se señalan una serie de propuestas y recomendaciones encaminadas a conseguir la efectiva ejecución del acuerdo de mediación.

This paper carries out an analysis and comparative study on the enforcement of agreements in civil and commercial mediation at International and EU level, analyzing in a detailed way relevant jurisdictions internationally. Subsequently and in order to provide a practical dimension, this paper identifies a number of proposals and recommendations to achieve the effective enforcement of mediation settlement agreements.

Title: Enforcing international mediation settlement agreements in civil and commercial matters: Analysis, Comparative Study and Recommendations

Palabras clave: Acuerdo de mediación, ejecución del acuerdo de mediación, mediación civil y mercantil, método alternativo de solución de conflictos, contratación internacional

Keywords: Mediation agreement, mediation settlement agreement, enforcement of mediation agreements, civil and commercial mediation, alternative dispute resolution, ADR, international contracting

“Which Is Not To Be Had From The Law Of Nature: For the Lawes of Nature (as Justice, Equity, Modesty, Mercy, and (in summe) Doing To Others, As Wee Would Be Done To,) if themselves, without the terror of some Power, to cause them to be observed, are contrary to our naturall Passions, that carry us to Partiality, Pride, Revenge, and the like. And Covenants, without the Sword, are but Words, and of no strength to secure a man at all”.

Parte II. Capítulo XVII. *Leviathan*. T. HOBBS

¹ Este trabajo ha sido galardonado con el “Séptimo Premio José María Cervelló de Derecho de los Negocios” convocado por la Cátedra José María Cervelló del Instituto de Empresa (IE Law School) y el despacho Ramón Hermosilla & Gutiérrez de la Roza (2013). La presente versión está revisada y actualizada a marzo de 2014.

Sumario

1. Introducción
2. Presentación del objeto del trabajo
3. El *enforcement* de los acuerdos de mediación transfronterizos en España y el *enforcement* transfronterizo del acuerdo de mediación español
 - 3.1. El *enforcement* de los acuerdos de mediación domésticos en España
 - 3.2. El *enforcement* de los acuerdos de mediación transfronterizos en España
 - a. Acuerdo de mediación dictado en un EM de la UE del cual se pretende su ejecución en España
 - b. Acuerdo de mediación celebrado en Suiza, Noruega o Islandia del cual se pretende su ejecución en España
 - c. Acuerdo de mediación internacional celebrado fuera de los EEMM de la UE, Suiza, Noruega e Islandia del cual se pretende su ejecución en España
4. Estudio comparado del *enforcement* de los acuerdos de mediación
 - 4.1. Estudio sobre el *enforcement* de los Acuerdos de Mediación desde una perspectiva comunitaria
 - 4.2. Estudio sobre el *enforcement* de los Acuerdos de Mediación desde una perspectiva extracomunitaria
5. Propuestas y recomendaciones para lograr el *enforcement* de los acuerdos de mediación en el ámbito internacional
6. Conclusión
7. Bibliografía

1. Introducción

Los mecanismos de solución alternativa de conflictos (*Alternative Dispute Resolution*, en adelante, “ADR”) ofrecen una mayor flexibilidad que los procesos judiciales y pueden ajustarse mejor a las necesidades de las partes. En comparación con los procesos ante los tribunales, estos mecanismos son más económicos, rápidos e informales.

Prueba del mayor papel que han ido ocupando los ADR en la resolución de conflictos es el arbitraje. Dicho mecanismo ha aumentado considerablemente en los últimos años en España, abarcando materias de índole societaria, de consumo o de arrendamientos. Ahora bien, la principal clave del éxito del arbitraje radica en los efectos anudados al laudo: el efecto de cosa juzgada y la condición de ser un título que lleva aparejada la ejecución, tanto a nivel nacional² como a nivel transfronterizo mediante la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (en adelante, “Convención de Nueva York”).

En la última década se ha venido impulsando otro de los mecanismos de solución alternativa de conflictos, la mediación. La mediación es un proceso flexible, cuyo fin es facilitar la resolución de conflictos civiles o mercantiles sin recurrir a un proceso judicial o arbitral. En el proceso de mediación participa un tercero, neutral e independiente, cuya función será dirigir el proceso de negociación para facilitar un acuerdo en los términos que las partes decidan. En cuanto a la positivización de la mediación, a nivel internacional y como instrumento de armonización legislativa se dictó la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional; no obstante dicha norma no ha tenido la recepción esperada³. Sin embargo, a nivel comunitario se ha establecido un marco para la promoción de la mediación a través de la promulgación de la Directiva 2008/52/CE de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, “la Directiva 2008/52/CE”)⁴.

La Directiva 2008/52/CE ha armonizado el marco jurídico de la mediación en los 28 Estados Miembros de la UE, asimismo, dicha norma apunta a la mediación como una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes, por otro lado, la Directiva señala la

² En este sentido, en cuanto a la ejecución el art. 517.2.2º LEC y 45 LArb confieren al laudo plenos efectos de título ejecutable. En cuanto a los efectos de cosa juzgada, la STC 62/1991 (RTC 1991/62) asentó la naturaleza del arbitraje, que es “(...) un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil, esto es, la obtención de una decisión al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada (...)”.

³ Los Estados que han promulgado legislación basada en la Ley Modelo son: Albania, Croacia, Eslovenia, Honduras, Hungría, La ex República Yugoslava de Macedonia, Montenegro, Nicaragua y los estados de Nueva Escocia y Ontario en Canadá y Distrito de Columbia, Idaho, Illinois, Iowa, Nebraska, Nueva Jersey, Ohio, Dakota del Sur, Utah, Vermont y Washington en Estados Unidos.

⁴ Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. [DOUE 24.5.2008, L 136/3](#).

mayor probabilidad de que los acuerdos resultantes de la mediación se cumplan voluntariamente. No obstante, una de las mayores problemáticas en la mediación radica en su cumplimiento, en la no previsión de un mecanismo de *enforcement* del acuerdo de mediación a nivel internacional.

Esta falta de ejecutividad del acuerdo de mediación es el principal obstáculo para la globalización de la mediación. ¿Cómo podemos esperar que las partes involucradas en una controversia civil o mercantil internacional acudan a la mediación, si existe el riesgo de que el acuerdo de mediación resultante no pueda ser ejecutado?, ¿no sería mucho más fácil que las mismas partes acudieran al arbitraje, donde la Convención de Nueva York, con sus 149 estados miembros garantiza el *enforcement* de los laudos?

Pensemos en dos partes de diferentes países que acuerdan acudir a la mediación para resolver una controversia de índole mercantil respecto un contrato de suministro; ambas partes optan por mediar en una de sus jurisdicciones nacionales o en una tercera jurisdicción neutral; y tras un proceso de mediación alcanzan un acuerdo de mediación a satisfacción de ambas partes.

Ahora bien, imaginemos, que tras la firma del acuerdo de mediación una de las partes decide no cumplir, pues bien, ante el incumplimiento por una de las partes del acuerdo de mediación, la parte cumplidora podrá acudir a los remedios civiles contractuales previstos en la legislación donde el acuerdo hubiera tenido lugar. Sin embargo, el motivo por el que las partes acudieron a la mediación en primer lugar tuvo como principal objetivo evitar la vía judicial, así pues estaríamos de vuelta en el escenario primigenio: el origen de la controversia en cuanto al contrato de suministro.

La solución al problema expuesto es lograr la ejecución del acuerdo de mediación, ejecución que resulta aún más compleja cuando se añade un componente internacional.

El objetivo de este trabajo es exponer las técnicas disponibles de *enforcement* de los acuerdos de mediación desde una perspectiva nacional, comunitaria e internacional, en concreto analizaremos los medios de tutela de los que pueden echar mano las partes para lograr la ejecutividad del acuerdo de mediación en caso de incumplimiento. El examen de esta materia será estructurada en cuatro epígrafes diferenciados; el *enforcement* en España (de los acuerdos domésticos y transfronterizos), en la Unión Europea y en el ámbito extracomunitario. En último lugar y, como cierre del presente trabajo y con el fin de dotar de aplicabilidad práctica al estudio aquí realizado, se incluirá una serie de recomendaciones y propuestas a seguir para lograr el *enforcement* de un acuerdo de mediación en el ámbito nacional, comunitario y extracomunitario.

2. *Presentación del objeto del trabajo*

Como hemos anunciado en la introducción, el objeto del presente trabajo será por un lado el análisis y estudio comparado del *enforcement* internacional de los acuerdos de mediación en materia civil y mercantil, y por otro lado, será la elaboración de una serie de recomendaciones y propuestas a seguir para lograr la ejecutividad de los acuerdos a nivel internacional.

En primer lugar comenzaremos con el análisis del *enforcement* de los acuerdos de mediación internacionales en España; en este sentido, tomaremos como punto de referencia la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles⁵, que distingue los acuerdos de mediación que deban ser ejecutados en nuestro país de aquellos que deban ser ejecutados fuera del territorio español.

En segundo lugar realizaremos un estudio comparado del *enforcement* de los acuerdos de mediación en el ámbito internacional. Para ello, serán estudiadas las legislaciones de distintos Estados Miembros de la Unión Europea y de Estados extracomunitarios.

Por último, y en tercer lugar, tras el análisis y estudio comparado de la ejecución de un acuerdo de mediación en el contexto internacional y en aras de otorgar una dimensión práctica al presente trabajo, elaboraremos una serie de recomendaciones y propuestas para obtener el *enforcement* de un acuerdo de mediación en el ámbito internacional.

3. *El enforcement de los acuerdos de mediación transfronterizos en España y el enforcement transfronterizo del acuerdo de mediación español*

En España la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles (en adelante, "LMACM") incorporó al Derecho español la Directiva 2008/52/CE. Tomando como referencia la LMACM, podemos distinguir de los acuerdos de mediación –domésticos y transfronterizos– que deban ser ejecutados en nuestro país, de aquellos –domésticos– que deban ser ejecutados fuera del territorio español:

- (i) En cuanto a los acuerdos de mediación transfronterizos que deban ser ejecutados en España, el art. 27 LMACM dispone que, en primer lugar habrá de estarse a lo previsto en la normativa de la Unión Europea y los convenios internacionales vigentes en España, esto supone que distingamos tres categorías: acuerdos provenientes de Estados Miembros de la Unión Europea (sujetos a la normativa comunitaria, pensemos por ejemplo en el Reglamento Bruselas I); acuerdos provenientes de

⁵ Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. [BOE nº 162, de 7.7.2012](#).

Estados sujetos al Convenio de Lugano de 2007⁶ (Suiza, Noruega e Islandia); y una tercera categoría formada por Estados no contemplados en las dos anteriores categorías.

Respecto a las dos primeras categorías, la LMACM poco tiene que decir, pues quedaran sujetos a su propia normativa. En cuanto a los acuerdos provenientes de Estados fuera del ámbito UE y Lugano, se estará al régimen previsto por la LMACM, en este sentido el art. 27 LMACM señala que para poder ser ejecutados en España deberán cumplir una serie de condiciones cumulativas; (i) haber obtenido fuerza ejecutiva en su país de origen, (ii) que dicha fuerza ejecutiva se derive de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas y (iii) que el acuerdo de mediación no sea contrario al orden público español.

Asimismo, el art. 27.2 LMACM contempla la hipótesis del acuerdo de mediación no declarado ejecutable por una autoridad extranjera, en este caso, sólo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás.

La cuestión aquí tratada, el *enforcement* de los acuerdos de mediación transfronterizos en España será desarrollada con amplitud en el punto 3.2

- (ii) En cuanto a los acuerdos de mediación españoles que deban ser ejecutados en otro Estado, el art. 25.3 LMACM dispone que éste además de elevarse a escritura pública, habrán de cumplir con los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea.

De lo anterior se deriva que, no es el legislador español quien debe señalar los requisitos que debe cumplir un acuerdo de mediación para producir efectos en un tercer Estado. Las partes que quieran ejecutar un acuerdo de mediación español en otro Estado habrán de estar a la legislación de ese tercer Estado.

Antes de comenzar el análisis del *enforcement* de los acuerdos de mediación transfronterizos en España, abordaremos brevemente cómo las partes pueden dotar de carácter ejecutivo al acuerdo de mediación doméstico en territorio español.

⁶ Véase la Decisión del Consejo 2007/712/CE, de 15 de octubre de 2007, relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. [DOUE 21.12.2007, L339/1](#).

3.1. El *enforcement* de los acuerdos de mediación domésticos en España

El *enforcement* de los acuerdos de mediación en España puede ser enfocado desde 3 prismas; la ejecución *inter partes*, la ejecución ex LMACM y la ejecución como laudo arbitral:

(i) El *enforcement inter partes* del acuerdo de mediación

Hemos de comenzar el examen del *enforcement* de los acuerdos de mediación desde el más básico de los mecanismos de ejecutividad; el *enforcement inter partes*.

En primer lugar, si el acuerdo de mediación es válido en derecho⁷, éste se convierte “*en ley entre las partes contratantes*” ex art. 1091 del Código Civil, así, en virtud de uno de los principios configuradores de nuestro ordenamiento jurídico –*pacta sunt servanda*–, la parte que esté interesada en su cumplimiento tendrá a su alcance los remedios previstos para la defensa y protección de sus intereses contractuales.

En este sentido, la parte interesada podrá ejercitar la acción de cumplimiento contractual (actio ex contractu) del art. 1091 CC, la acción de indemnización de daños y perjuicios (art. 1101 CC), la acción de remoción (art. 1098 II CC) o la acción resolutoria (art. 1124 CC).

No cabe duda, que dada la naturaleza jurídica del acuerdo de mediación como contrato privado, pueden ser utilizados algunos de los remedios anteriormente apuntados, sin embargo, hemos de tener presente que las partes acudieron a la mediación para evitar la vía judicial, es decir, estaríamos volviendo a la situación inicial de controversia al tener que litigar para ejecutar el acuerdo de mediación.

(ii) El *enforcement* del acuerdo de mediación ex LMACM

La LMACM recoge en su Título V el régimen de ejecución de los acuerdos de mediación, el art. 25 del mencionado texto legal señala dos mecanismos:

a) La posibilidad de conferir ejecutoriedad al acuerdo de mediación mediante la elevación a escritura pública del mismo⁸.

El acuerdo de mediación elevado a escritura pública es un título ejecutivo, así la Disposición Final Tercera de la LMACM añade un nuevo inciso al artículo 517 LEC, en el cual se señala que los acuerdos de mediación “*elevados a escritura pública de*

⁷ Véase el art. 1255 del Código Civil que consagra los límites a la libertad contractual: la ley, la moral y el orden público.

⁸ Véase el art. 25.1 LMACM.

acuerdo con la Ley de mediación en asuntos civiles y mercantiles” llevarán aparejada la ejecución.

Para la elevación a escritura pública es necesario que ambas partes concurren, bien en nombre propio o mediante sus representantes; también cabría la posibilidad de que una de las partes instase la elevación a público con el consentimiento explícito de la otra parte⁹.

Así, con la escritura pública se protocoliza el acuerdo de mediación, junto con la copia de las actas de la sesión constitutiva y final de procedimiento. De esta forma, el notario verificará el cumplimiento de los requisitos exigidos en la LMACM así como en las demás leyes imperativas, en particular: que la materia mediada no verse sobre una materia excluida de la mediación (art. 2.2 LMACM) y que no sea contrario a derecho (art. 25. 2 LMACM).

- b) La posibilidad de conferir ejecutoriedad al acuerdo de mediación mediante la homologación judicial del acuerdo alcanzado en una mediación desarrollada tras inicio del proceso judicial¹⁰.

Una vez se ha iniciado un pleito, las partes están facultadas para disponer del objeto del juicio, pudiendo someterse a mediación¹¹, esta posibilidad se extiende incluso hasta la fase de audiencia¹².

El acuerdo homologado judicialmente surtirá los efectos atribuidos por la ley a la transacción judicial y podrá llevarse a efecto por los trámites previstos para la ejecución de sentencias y convenios judicialmente aprobados. Por tanto, la resolución judicial que homologue el acuerdo de mediación llevará aparejada la mediación.

- (iii) El *enforcement* del acuerdo de mediación –celebrado en el seno de un procedimiento arbitral– como laudo.

La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1985 (en adelante, “Ley Modelo de Arbitraje”), prevé en su artículo 30 que pendiendo un procedimiento arbitral, las partes puedan llegar a una transacción que resuelva el

⁹ Véase también el art. 6.1 Directiva 2008/52/CE.

¹⁰ Véase el art. 25.4 LMACM.

¹¹ Véase el art 19.1 LEC.

¹² Véase el art. 415 LEC “Comparecidas las partes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas. Si manifestasen haber llegado a un acuerdo o se mostrasen dispuestas a concluirlo de inmediato, podrán desistir del proceso o solicitar del tribunal que homologue lo acordado.”

litigio, y si ambas partes lo solicitan y el tribunal arbitral no se opone, se haga constar la transacción en forma de laudo arbitral en los términos convenidos por las partes, resultando un laudo con los mismos efectos que cualquier otro laudo sobre el fondo del litigio.

La ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje (en adelante, "LArb")¹³ ha seguido la impronta de la Ley Modelo de Arbitraje, en este sentido, prevé que pendiendo un procedimiento arbitral, las partes puedan llegar a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia¹⁴, posteriormente, los árbitros darán por terminadas las actuaciones con respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, hagan constar dicho acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes.

3.2. El *enforcement* de los acuerdos de mediación transfronterizos en España

La LMACM recoge en su artículo 27 el régimen jurídico de la ejecución de los acuerdos de mediación transfronterizos, en este sentido, el citado precepto señala que:

Sin perjuicio de lo que dispongan la normativa de la Unión Europea y los convenios internacionales vigentes en España, un acuerdo de mediación que ya hubiera adquirido fuerza ejecutiva en otro Estado sólo podrá ser ejecutado en España cuando tal fuerza ejecutiva deriva de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que desempeñan las autoridades españolas.

Podríamos a priori distinguir tres regímenes; acuerdos de mediación que hubieran tenido lugar en EEMM de la UE, acuerdos de mediación alcanzados en Suiza, Islandia y Noruega y aquellos a los que se haya llegado en el resto de países de la Comunidad Internacional.

a. Acuerdo de mediación dictado en un EM de la UE del cual se pretende su ejecución en España

Caso 1: Acuerdo de mediación alcanzado en un EM de la UE:

Un acuerdo de mediación que no hubiera sido declarado ejecutable en un EM de la UE, bien porque su soporte fuera un contrato privado no sería ejecutable directamente en España. No obstante, ex art. 27.2 LMACM dicho acuerdo de mediación podría adquirir el carácter ejecutivo previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento de las demás.

¹³ Véase la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, [BOE nº 309, de 26.12.2003](#).

¹⁴ Véase el art. 36 LArb.

Caso 2: Acuerdo de mediación elevado a público en un EM de la UE:

Un acuerdo de mediación elevado a público en un EM de la UE puede ser un título ejecutable en España, para ello existen dos vías para lograr el *enforcement*:

- A través del Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, “Reglamento Bruselas I”)¹⁵.

El Reglamento Bruselas I prevé en su artículo 57 que *“los documentos públicos con fuerza ejecutiva, formalizados en un Estado miembro, serán declarados ejecutorios, a instancia de parte, en otro Estado miembro, con arreglo al procedimiento previsto en los artículos 38 y siguientes. (...)”*.

De esta forma, la parte interesada habrá de solicitar un exequátur o declaración de ejecutividad conforme al procedimiento previsto en el Reglamento 44/2001.

La solicitud de declaración de ejecutividad queda determinada conforme la ley del Estado miembro en el que se solicita la ejecución, junto a la solicitud habrá de adjuntarse copia auténtica y certificación de la autoridad competente del Estado miembro en el que se hubiese llevado a cabo el documento público conforme al formulario normalizado del anexo V del Reglamento 44/2001.

Ahora bien, hemos de señalar aquí, la entrada en vigor el próximo 10 de enero de 2015 del Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil¹⁶, (en adelante, Reglamento 1215/2012), puesto que este Reglamento deroga el Reglamento 44/2001¹⁷.

El Reglamento 1215/2012 supone un avance en materia de ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil pues suprime el exequátur o declaración de ejecutividad, si bien es cierto que el Reglamento 44/2001 había simplificado el procedimiento de declaración de ejecutividad.

¹⁵ Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre de 2000 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. [DOUE 16.1.2001 I 12](#).

¹⁶ Véase art. 81 Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. [DOUE 20.12.2012, L 351/1](#).

¹⁷ Véase el art. 80 Reglamento 1215/2012.

El Reglamento 1215/2012 establece la supresión del exequátur de resoluciones judiciales, documentos públicos y transacciones judiciales. En lo que a este examen interesa, el artículo 58 Reglamento 1215/2012 expone que

Los documentos públicos que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen gozarán también de la misma en los demás Estados miembros sin necesidad de declaración de fuerza ejecutiva. La ejecución de un documento público solo podrá denegarse en caso de que sea manifiestamente contraria al orden público en el Estado miembro requerido.

Así, a partir del 10 de enero de 2015, la parte interesada en ejecutar una escritura pública en un Estado miembro de la UE, podrá hacerlo sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva; en este sentido, la parte interesada en ejecutar una escritura pública deberá aportar simplemente una copia de la escritura¹⁸, un certificado según el modelo de formulario que figura en el anexo II del Reglamento 1215/2012, y si ha lugar, la autoridad de ejecución competente podrá exigir al solicitante que facilite, una traducción o transcripción del contenido del certificado.

- A través del XII Convenio de La Haya Suprimiendo la Exigencia de Legalización de los Documentos Públicos Extranjeros de 5 de octubre de 1961 (en adelante, “Convenio de Apostilla”).

El Convenio de la Apostilla de la Haya reconoce la eficacia jurídica de un documento público emitido en otro país firmante de dicho Convenio¹⁹ a través de la emisión de una apostilla que autentica el origen de un documento público. Así, los documentos emitidos en un país firmante del Convenio que hayan sido certificados por una Apostilla deberán ser reconocidos en cualquier otro país del Convenio sin necesidad de otro tipo de autenticación.

Ejemplo de la eficacia jurídica que puede desplegar una escritura pública comunitaria (o extracomunitaria) en España es la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 998/2011 de 19 de junio de 2012 (RJ 2012/8008), el caso tratado en dicha sentencia proviene del otorgamiento en Alemania y por notario alemán, de la compraventa entre dos partes también alemanas de un inmueble sito en España. La parte que adquirió el inmueble solicitó la inscripción de dicha transmisión en el Registro de la Propiedad donde radicaba la vivienda (Puerto de la Cruz, Canarias), presentando copia debidamente apostillada, del documento alemán de compraventa con su traducción oficial.

¹⁸ El documento público presentado a ejecutar deberá reunir los requisitos necesarios para ser considerado auténtico en el Estado miembro de origen.

¹⁹ Los 28 EM de la UE son miembros de la Convención de la Haya.

El Registrador de la Propiedad y la Dirección General de los Registros y del Notariado entienden que no es inscribible, pero tanto el Juzgado de Primera Instancia como, en apelación, la Audiencia Provincial declararon que la escritura era inscribible, finalmente el Tribunal Supremo en casación confirmó la posición mantenida en las dos instancias anteriores. El TS señala que las solemnidades precisas en una escritura se rigen por la ley del país donde el contrato se otorga, como dispone el artículo 11 del Código Civil²⁰, asimismo añade que la escritura pública extranjera, si cumple las solemnidades requeridas por el Derecho extranjero, es válida y como tal equivale a la entrega mediante *traditio ficta* en virtud del artículo 1462 CC, pues éste exige sólo una escritura pública “*de la que no resultare o se dedujere claramente lo contrario*”, en cuanto a la inscripción en el Registro de la Propiedad la propia Ley Hipotecaria prevé la inscripción de títulos extranjeros que tengan fuerza ejecutiva en España²¹, siempre que reúnan los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado^{22 23}.

²⁰ Art 11 Código Civil: “Las formas y solemnidades de los contratos, testamentos y demás actos jurídicos se regirán por la ley del país en que se otorguen. (...)”.

²¹ Véase art. 4 Ley Hipotecaria: “También se inscribirán en el Registro los títulos expresados en el artículo segundo, otorgados en país extranjero, que tengan fuerza en España con arreglo a las leyes, y las ejecutorias pronunciadas por Tribunales extranjeros a que deba darse cumplimiento en España, con arreglo a la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

²² Véase el art. 36 del Reglamento Hipotecario: “Los documentos otorgados en territorio extranjero podrán ser inscritos si reúnen los requisitos exigidos por las normas de Derecho Internacional Privado, siempre que contengan la legalización y demás requisitos necesarios para su autenticidad en España (...)”.

²³ Véase también la interesante crítica de la sentencia de GOMA LANZÓN (2012), *De las piedras y el tejado propio*, El notario del Siglo XXI, Septiembre-Octubre 2012, núm. 45 “En cuanto a la equivalencia de los documentos, señala [el TS] que conforme a la normativa europea e incluso el Código civil los documentos son validos casi cualquiera que sea la forma, ha de concluirse que documentos equivalentes han de tener efectos similares y por tanto ha de poder inscribirse. Segundo error y grave (...) una cosa es la validez del contrato y otra la eficacia del documento: la eficacia de los privados es limitada y la de los públicos en España está adornada de unos efectos extraordinarios como son la de ser ejecutivos, producir prueba plena en juicio y entre otros la inscripción en el registro de la propiedad. Son unos efectos privilegiados que no resultan de la nada, de un simple capricho del legislador, sino de que en su origen interviene un notario que garantiza la identidad de los comparecientes, su representación, redacta el documento controlando su legalidad, etc., aparte de realizar actividades adicionales derivadas de su imparcialidad y carácter público como la protección de terceros, colaboración con el Fisco, etc. En definitiva, lo que nos importa decir aquí es que el criterio alegado por el Tribunal Supremo es erróneo porque los preceptos citados no se refieren al supuesto contemplado”.

[...]

El argumento relativo a la tradición instrumental, que es específico de las escrituras alemanas, el Tribunal llega a una conclusión a mi modo de ver ilógica, partiendo del siguiente razonamiento: en Alemania la escritura no produce la transmisión por sí sola (se necesita un acuerdo posterior); pero como a la transmisión se aplica la ley española y en España sí produce la transmisión, y ambas escrituras son equivalentes, hay que entender que la escritura alemana también lo ha producido: eso significa que por una artificiosa remisión de normas en el ámbito internacional la escritura va a producir más efectos de los que establece la ley reguladora de la escritura otorgada y probablemente de los que las partes han querido establecer. Todo ello parte de una errónea concepción del concepto de equivalencia, que como he dicho se refiere solo a la forma del contrato pero no a los efectos del documento. Es de señalar que existen dos votos particulares, de Ferrándiz y Gimeno-Bayón, que rechazan la

Caso 3: Acuerdo de mediación como Título Ejecutivo Europeo:

Si el acuerdo de mediación estuviera contenido en una resolución o transacción judicial o en un documento público –con fuerza ejecutiva– y contuviera un crédito exigible y no impugnado; el mismo resultaría un título ejecutivo europeo de crédito no impugnado²⁴ en los términos previstos en el Reglamento (CE) nº 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados (en adelante, Reglamento 805/2004)²⁵, de esta forma nos encontraríamos ante un título directamente ejecutable en España.

Para certificar como título ejecutivo europeo una resolución o transacción judicial o un documento público con eficacia ejecutiva, la parte interesada habrá de solicitar dicha certificación ante el órgano que lo haya dictado cumplimentando el formulario normalizado que esta anexo al Reglamento 805/2004.

Caso 4: Acuerdo de mediación homologado judicialmente en un EM de la UE

Si pendiendo un procedimiento judicial en un EM de la UE, las partes alcanzaran mediante un proceso de mediación un acuerdo y éste fuera homologado por el Tribunal, éste podría ser fácilmente ejecutado en España en virtud del mecanismo previsto en el Reglamento 44/2001, esto es la solicitud de una declaración de ejecutividad, tal y como hemos visto en el Caso 2 de este epígrafe. Cabe señalar nuevamente, que a partir del 10 de enero de 2015, con la entrada en vigor del Reglamento 1215/2012 que deroga el Reglamento 44/2001, un acuerdo de mediación cristalizado en una resolución judicial gozará de fuerza ejecutiva en todos los EM de la UE, sin necesidad de una declaración de fuerza ejecutiva.

Caso 5: Acuerdo de mediación, celebrado en el seno de un procedimiento arbitral, homologado como laudo en un EM de la UE

Tal y como expusimos en el epígrafe anterior, la Ley Modelo de Arbitraje prevé que, pendiendo un procedimiento arbitral, las partes puedan llegar a un acuerdo que ponga fin total o parcialmente a la controversia²⁶, los árbitros den por terminadas las actuaciones con respecto a

opinión del Supremo porque la tradición se exceptúa cuando de la propia escritura se deduce lo contrario, conforme al art. 1462.”

²⁴ Por título ejecutivo europeo ha de atenderse a lo previsto en los artículos 2, 3 y 4 del Reglamento nº 805/2004. El Reglamento se aplica a resoluciones y transacciones judiciales y a documentos públicos con fuerza ejecutiva sobre créditos no impugnados.

²⁵ Véase el Reglamento (CE) núm. 805/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados. [DOUE 30.04.2004 L 143](#).

²⁶ Véase el art. 30 Ley Modelo.

los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, hagan constar dicho acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes.

La Ley Modelo de Arbitraje, ha tenido una gran recepción por la Comunidad Internacional y hasta la fecha de este trabajo 149 Estados han seguido la impronta de la CNUDMI.

En el anterior punto, vimos que la Ley Española de Arbitraje acogía en su artículo 36 la posibilidad de que las partes de un procedimiento arbitral pudieran llegar a alcanzar un acuerdo de mediación y que a su vez, previa petición de las partes éste constase en forma de laudo. Pues bien, los EEMM de la UE han acogido en su legislación nacional esta misma previsión.

Así, el art. 1053 del Código Procesal Civil Alemán (*Zivilprozessordnung*, “ZPO”²⁷, 1879), que prevé igualmente que en el seno de un procedimiento arbitral las partes puedan llegar a un acuerdo y que posteriormente éste acuerdo conste en forma de laudo, con los mismos efectos que cualquier otro laudo que hubiera sido dictado por el tribunal arbitral, o el artículo 1069 del Código Procesal Civil Holandés (*Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, “WBR”²⁸, 1986) que prevé que si durante las actuaciones arbitrales las partes llegan a un acuerdo, el tribunal arbitral, podrá, a petición conjunta de las partes, dictar un laudo con el contenido del acuerdo de mediación, y en los mismos términos el artículo 51 de la Ley de Arbitraje del Reino Unido (*Arbitration Act*²⁹, 1996) o el artículo 27 (ii) de la Ley de Arbitraje de Suecia (*Skiljemannarätt*³⁰, 1999).

Por consiguiente, si pendiendo un procedimiento arbitral en un EM de la UE, las partes del proceso alcanzaran mediante un proceso de mediación un acuerdo y éste fuera homologado por el Tribunal Arbitral, éste podría ser fácilmente ejecutado en España en virtud del Reglamento 44/2001.

b. Acuerdo de mediación celebrado en Suiza, Noruega o Islandia del cual se pretende su ejecución en España

Mención especial merece el caso concreto de Suiza, Noruega e Islandia, pues aun sin ostentar la condición de Estado Miembro de la Unión Europea tienen un régimen jurídico que guarda cierta homogeneidad con el marco jurídico establecido en la UE.

²⁷ Véase el [Art. 1053 del Código Procesal Civil Alemán](#), *Zivilprozessordnung*, 1879.

²⁸ Véase el [Art. 1069 del Código Procesal Civil Holandés](#), *Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering*, 1986.

²⁹ Véase el art. 51 de la Ley de Arbitraje del Reino Unido, *Arbitration Law* 1996.

³⁰ Véase el art. 27 (ii) de la Ley de Arbitraje de Suecia, *Skiljemannarätt*, 1999.

El nivel de homogeneidad logrado con estos tres Estados se debe a la adopción de la Decisión del Consejo, de 15 de octubre de 2007, relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (en adelante, “Convenio de Lugano”)³¹.

En este sentido, el Convenio de Lugano determina entre otras cosas un procedimiento rápido al objeto de garantizar la ejecución de resoluciones judiciales, de documentos públicos con fuerza ejecutiva y de las transacciones judiciales. En síntesis, el procedimiento establecido en el Convenio de Lugano sigue la línea con el Reglamento 44/2001, remitiéndonos por tanto a lo ya expuesto en el punto anterior, en concreto a los escenarios presentados en los casos 2 y 4 del punto anterior.

Tal y como expusimos en el anterior punto, el Reglamento 44/2001 será derogado en enero de 2015 debido a la entrada en vigor del Reglamento 1215/2012. Sin embargo, el nuevo Reglamento 1215/2012 no afectará a la aplicación del Convenio de Lugano³², por tanto éste último seguirá remitiéndose al Reglamento 44/2001.

Por último, hemos de contemplar la posibilidad de que el acuerdo de mediación celebrado en Suiza, Noruega o Islandia no esté recogido en una resolución judicial, documento público con fuerza ejecutiva o transacción judicial, es decir, que sea un documento de naturaleza privada, en este caso sería igualmente aplicable el escenario del caso 1 presentado en el anterior punto, esto es, un acuerdo de mediación celebrado en uno de los Estados aquí examinados que ostentara la condición de contrato privado sólo podría ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás³³.

c. Acuerdo de mediación internacional celebrado fuera de los EEMM de la UE, Suiza, Noruega e Islandia del cual se pretende su ejecución en España

La ejecución de un acuerdo de mediación internacional en España (entendiendo por internacional la exclusión de los dos puntos precedentes, esto es, no comunitario, suizo, noruego o islandés) dependerá principalmente de tres factores cumulativos; (i) que el acuerdo de mediación haya adquirido fuerza ejecutiva en su país de origen, (ii) que tal fuerza ejecutiva derive de la intervención de una autoridad competente que desarrolle funciones equivalentes a las que

³¹ Véase la Decisión del Consejo de 15 de octubre de 2007 relativa a la firma, en nombre de la Comunidad, del Convenio relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. [DOUE 21.12.2007, L 339/1](#).

³² Véase el art. 73 Reglamento (UE) n° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012.

³³ Véase el art. 27.2 Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles.

desempeñan las autoridades españolas, y, (iii) que no sea contrario al orden público español. Estos tres factores vienen establecidos por el art. 27 LMACM.

No obstante lo anterior, cuando el acuerdo de mediación no haya sido declarado ejecutable por una autoridad extranjera, la LMACM permitirá que adquiera carácter ejecutivo en España pero “(...) sólo podrá ser ejecutado en España previa elevación a escritura pública por notario español a solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento expreso de las demás” (art. 27.2 LMACM).

Por otro lado, no hemos de olvidar la posibilidad de que un acuerdo de mediación haya sido recogido en forma de laudo, al alcanzarse este en el seno de un procedimiento arbitral o que el acuerdo haya sido homologado judicialmente al darse las circunstancias propias en un procedimiento judicial; en estos casos podría ser ejecutado en España utilizando la Convención de Nueva York en el primer caso, o mediante el convenio de reconocimiento y ejecución que tuviera el país de origen con España o en su defecto mediante un procedimiento de exequátur, en el segundo caso.

4. Estudio comparado del enforcement de los acuerdos de mediación

4.1. Estudio sobre el *enforcement* de los Acuerdos de Mediación desde una perspectiva comunitaria

Las Instituciones europeas han fijado como objetivo la promoción de la mediación, pues este mecanismo alternativo de solución de conflictos “(...) puede dar una solución extrajudicial económica y rápida a conflictos en asuntos civiles y mercantiles, mediante procedimientos adaptados a las necesidades de las partes (...)”³⁴.

Dentro de este marco de promoción de la mediación, la UE adoptó en mayo de 2008 la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008 sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles. Todos los Estados Miembros³⁵ de la UE estaban obligados a transponer la Directiva a su legislación nacional antes del 21 de mayo de 2011.

El objetivo de la Directiva es “(...) facilitar el acceso a modalidades alternativas de solución de conflictos y fomentar la resolución amistosa de litigios promoviendo el uso de la mediación y asegurando una relación equilibrada entre la mediación y el proceso judicial (...)” (art. 1). La Directiva se aplica en los litigios transfronterizos, en los asuntos civiles y mercantiles, por el contrario, no extiende a asuntos fiscales, aduaneros o administrativos ni a la responsabilidad del Estado por actos u omisiones en el ejercicio de su autoridad soberana (*acta iure imperii*).

³⁴ Véase el considerando sexto de la Directiva 2008/52/CE.

³⁵ Véase el considerando trigésimo de la Directiva 2008/52/CE, en virtud del cual Dinamarca no queda sujeta a la aplicación de la citada Directiva.

Ha de destacarse que, la Directiva no impone una obligación concreta a las partes de acudir a la mediación aunque identifica una serie de ventajas de la mediación, tampoco contiene la Directiva unas directrices sobre la conducción del proceso mediador, sino que establece una serie de principios que gobernarán la mediación, *id est*, sienta las bases armonizadoras de la mediación en la Unión Europea. En este sentido, son los Estados Miembros quienes al trasponer la Directiva a su legislación interna han sentado sus propias directrices de conformidad con sus propios procedimientos.

Centrándonos en el objeto de este trabajo –la ejecución de los acuerdos de mediación–, la Directiva asienta en su artículo sexto una disposición capital; el carácter ejecutivo de los acuerdos resultantes de la mediación.

En este sentido, el art. 6 de la Directiva dispone que “Los Estados miembros garantizarán que las partes, o una de ellas con el consentimiento explícito de las demás, puedan solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de una mediación”.

Como podemos apreciar a lo largo del presente trabajo, en la práctica totalidad de la Comunidad Internacional, los acuerdos de mediación tienen una naturaleza jurídica contractual, siendo ejecutables de conformidad a los principios contractuales del Estado en cuestión.

Pues bien, la Directiva establece como obligación dirigida a los EEMM, la fijación de un mecanismo a través del cual los acuerdos de mediación puedan ser ejecutables a petición de ambas partes o de una de ellas con el consentimiento explícito de la otra. La elección de este mecanismo de *enforcement* ha sido dejada a la elección de los EEMM, esta será la cuestión examinada en este epígrafe, examinaremos diferentes mecanismos de *enforcement* en distintos EEMM de la UE –concretamente, en Alemania, Francia, Bélgica, Luxemburgo, Grecia, Italia, Inglaterra y Gales-. La elección de los Estados analizados en este epígrafe obedece a criterios como el peso relevante en el tráfico civil y mercantil internacional y/o la singularidad de su sistema de *enforcement*.

Es importante señalar la posición de la Directiva en relación con el carácter ejecutivo de los acuerdos de mediación; en este sentido señala³⁶ que el contenido de un acuerdo de mediación se hará ejecutivo a menos que,

- el contenido del acuerdo sea contrario al Derecho del EM donde se formule la solicitud de ejecución,
- la legislación del EM no prevea la ejecución de los acuerdos de mediación con un contenido específico.

³⁶ Véase el art. 6.1 *in fine* de la Directiva 2008/52/CE.

Del estudio realizado en el epígrafe precedente hemos de recordar que cualquier acuerdo que sea ejecutable en un EM puede ser reconocido y ejecutado en otro EM a través del Reglamento 44/2001, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil o en su caso a través del Reglamento 805/2004, por el que se establece un título ejecutivo europeo para créditos no impugnados.

El enforcement de los acuerdos de mediación en Alemania

El legislador alemán transpuso la Directiva 2008/52/EC a través de la “Ley para la promoción de la mediación y otros métodos de resolución extrajudicial de conflictos” (*Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung*, BGBl. 2012 I, 1577)³⁷.

De conformidad con la legislación alemana, un acuerdo de mediación tiene naturaleza jurídica contractual y como tal debe ser ejecutado (art. 779 Código Civil Alemán, “*Bürgerliches Gesetzbuch*”). Más allá de los remedios contractuales para ejecutar un contrato, un acuerdo de mediación podrá ser ejecutable en Alemania a través de los siguientes mecanismos:

- (i) Escritura pública otorgada por notario alemán (ex art. 794.(1).5 del Código Procesal Civil Alemán, *Zivilprozessordnung*, en adelante “ZPO”)
- (ii) Homologación judicial ante un tribunal alemán, de acuerdo a los requisitos que éste fije (ex art. 794.(1).5 ZPO)
- (iii) *Anwaltsvergleich*, a través de esta institución jurídica, un acuerdo de mediación puede llegar a ser ejecutable directamente en Alemania (ex art. 796a ZPO). El “*Anwaltsvergleich*” consiste en un acuerdo concluido con la asistencia de los abogados de las partes en forma de transacción extrajudicial. En caso de que una de las partes no cumpliera con el *Anwaltsvergleich*, la otra parte podrá instar ante un Tribunal de Primera Instancia la ejecución forzosa del mismo³⁸. Respecto este último mecanismo de *enforcement*, hemos de apuntar que dado su carácter privado, el mismo sólo tendría efectos en Alemania, pues no podría encuadrarse en el Reglamento Bruselas I para su reconocimiento y ejecución en otros EEMM de la UE.

³⁷ Véase la *Gesetz zur Förderung der Mediation und anderer Verfahren der außergerichtlichen Konfliktbeilegung* BGBl. 2012 I, 1577.

³⁸ Contrástese con la posición de HOPT, K.J y STEFFEK F. (2013), *Mediation and regulation in comparative Perspective* (p 545 ss) “(...) Where the mediation took place without court proceedings pending, the parties may have their mediation agreement put into a directly enforceable title by having their lawyers conclude the agreement in the name of and with due authorization of the parties. This agreement may then be enforced pursuant to s. 796a ZPO if the liable party submitted itself to the unconditional execution of the agreement and here the title (displaying the date of the conclusion of the settlement agreement) was deposited at the competent local court. However, this possibility is rarely used in practice as a consequence of its being a rather cumbersome procedure, and it may not be invoked where a party obligates itself to externally manifest its will or where the settlement relates to residential tenancy.”

El *enforcement* de los acuerdos de mediación en Italia

La transposición de la Directiva 2008/52/EC al derecho interno italiano se realizó el 24 de marzo de 2010 a través del Decreto Legislativo núm. 28/2010 en materia de mediación dirigida a la solución de controversias en materia civil y mercantil. (*Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*)³⁹.

El artículo 12 del Decreto Legislativo núm. 28/2010 versa sobre la ejecución de los acuerdos de mediación en Italia, dicho precepto señala la posibilidad de que un acuerdo de mediación pueda lograr eficacia ejecutiva a través de un proceso de homologación judicial.

En este sentido, en un acuerdo de mediación alcanzado después de un procedimiento de mediación llevado a cabo en una Institución adscrita al Ministerio de Justicia italiano y por un mediador oficial, cualquiera de las partes interesadas en su ejecución, podrá solicitar la ejecución del acuerdo mediante una solicitud de homologación ante el Tribunal donde se encuentre la institución a la que se ha encomendado la mediación. El Tribunal se limitará a un control formal y otorgará la ejecutividad a menos que el acuerdo sea contrario al orden público italiano o a las normas de *ius cogens*.

En síntesis, podemos concluir que Italia ha ido un paso más allá de lo previsto en materia de *enforcement* en la Directiva 2008/52/EC, pues bajo su legislación, una de las partes sin el consentimiento explícito de las demás, puede solicitar que se dé carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo resultante de una mediación⁴⁰.

El *enforcement* de los acuerdos de mediación en Francia

La Directiva 2008/52/EC fue transpuesta al ordenamiento francés a través de la Ordenanza núm. 2011-1540 de 16 de noviembre de 2011 (*Ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/EC du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciales*)⁴¹.

³⁹ Véase la *Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*.

⁴⁰ En este sentido, véase D'ALESSANDRO (2011), *Enforcing agreements resulting from mediation within the European Judicial Area: A comparative overview from an Italian perspective*, (pp. 10 y ss.) "By way of introducing more favourable rules, Italy has emphasized the first part of Recital No 9 of the Directive 2008/52/EC under which "Mediation should not be regarded as a poorer alternative to judicial proceedings" and, as known, a judicial order shall be generally enforced on a party's motion, usually on a creditor's motion. In order to declare a cross-border mediated settlement enforceable, the President of the Tribunal has to ascertain the *prima facie* existence of the agreement. In addition, the request shall be refused if the settlement appears contrary to public policy or to Italian mandatory rules".

⁴¹ Véase la *Ordonnance n° 2011-1540 du 16 novembre 2011 portant transposition de la directive 2008/52/EC du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciales*.

En materia de ejecución de los acuerdos de mediación, la ante citada Ordenanza introdujo un nuevo capítulo relativo a la mediación en la Ley nº 95-125 de 8 de febrero de 1995, relativa a la organización de las jurisdicciones y de los procesos civiles, penales y administrativos; pues bien, el art. 21-5 de la Ley nº 95-125 establece el régimen general de ejecución de los acuerdos de mediación en Francia, en este sentido dicho precepto dispone que el acuerdo de mediación alcanzado por las partes puede someterse a la homologación judicial para obtener fuerza ejecutoria⁴².

El legislador francés desarrolló el régimen jurídico de la mediación mediante un nuevo Decreto (*Décret n° 2012-66 du 20 janvier 2012 relatif à la résolution amiable des différends*), a través de este Decreto, se establece que todos los acuerdos resultantes de un proceso de mediación, conciliación o transacción pueden adquirir fuerza ejecutoria mediante homologación judicial.

En lo concerniente al proceso de homologación judicial para dotar de ejecutividad al acuerdo de mediación, Francia no ha ido más allá de lo previsto en la Directiva 2008/52/EC, pues de conformidad con el art. 1534 del Código Procesal Civil francés⁴³ (*Code de procédure civile*), la solicitud de homologación judicial –para la obtención de fuerza ejecutiva– se presentará a petición de todas las partes o por una de ellas con el consentimiento explícito de las demás.

El *enforcement* de los acuerdos de mediación en Grecia

La transposición de la Directiva 2008/52/EC fue realizada en Grecia mediante la Ley 3898/2010. El Ordenamiento Jurídico griego destaca por su favorable posición respecto al *enforcement* de los acuerdos de mediación. En este sentido, el art. 9 del cuerpo legal interno de transposición de la Directiva Comunitaria dispone que en el caso de que las partes alcancen un acuerdo de mediación éste debe contener necesariamente: (i) el nombre completo del mediador, (ii) el lugar y la hora en la cual se llevó a cabo el acuerdo de mediación, (iii) los nombres completos de las partes, (iv) el acuerdo previo en que se basó la mediación y (v) el acuerdo de mediación. Tras la finalización del acuerdo de mediación, éste es firmado por el mediador, las partes o los representantes de estas. Así las cosas, cualquiera de las partes podrá solicitar al mediador la remisión del acuerdo a la secretaría del Tribunal de Primera Instancia de la jurisdicción local donde se llevó a cabo la mediación, una vez que se ha presentado el acuerdo de mediación en estos términos, éste adquiere fuerza ejecutiva.

La mediación en Grecia tiene las ventajas comunes a otros EEMM de la UE derivadas de la Directiva 2008/52/EC (*v. gr.* Confidencialidad de la mediación, efectos sobre los plazos de

⁴² Véase el art. 21-5 ley 95-125 de 8 de febrero de 1995 “L’accord auquel parviennent les parties peut être soumis à l’homologation du juge, qui lui donne force exécutoire”.

⁴³ Véase el art. 1534 [Code Procédure Civile](#) “La demande tendant à l’homologation de l’accord issu de la médiation est présentée au juge par requête de l’ensemble des parties à la médiation ou de l’une d’elles, avec l’accord exprès des autres”.

caducidad y prescripción), pero sin duda la posibilidad de obtener una ejecución rápida y unilateral del acuerdo de mediación constituye su rasgo más significativo.

El *enforcement* de los acuerdos de mediación en Inglaterra y Gales

En Inglaterra y Gales, la Directiva 2008/52/EC fue transpuesta en el ámbito doméstico mediante la introducción de enmiendas las Reglas de Procedimiento Civil (*Civil Procedure Rules*, “CPR”) y en el ámbito transfronterizo mediante la promulgación de una norma específica (*The Cross-Border Mediation (EU Directive) Regulations 2011*)⁴⁴.

En cuanto a la ejecutividad de los acuerdos de mediación, en Inglaterra y Gales el acuerdo en sí tiene naturaleza de contrato privado, por tanto, su incumplimiento equivale a un incumplimiento contractual. Sin embargo, tras la reforma del CPR, ex regla 78.24 CPR, un Tribunal podrá dotar de fuerza ejecutiva un acuerdo de mediación previa solicitud de las partes, o de una de ellas con el consentimiento explícito de las demás⁴⁵; en este sentido, una vez que el Tribunal dicte una resolución que dote al acuerdo de carácter ejecutivo (*mediation settlement enforcement order*), éste podrá ser reconocido y ejecutado en todos los EEMM de la UE a través del Reglamento 44/2001. En resumen, en lo referido al *enforcement* de un acuerdo de mediación en Inglaterra y Gales nada se innova respecto a lo establecido en el art. 6.1 de la Directiva 2008/52/EC, esto es, será necesario el acuerdo de ambas partes para dotar al acuerdo de fuerza ejecutiva.

El *enforcement* de los acuerdos de mediación en Bélgica

El régimen jurídico de la mediación en Bélgica se recoge en el libro VII del Código Judicial (*Code Judiciaire*)⁴⁶; como curiosidad, cabe señalar que no hizo falta transponer la Directiva 2008/52/EC al Ordenamiento Jurídico belga, pues el legislador consideró que cumplía suficientemente con los requerimientos de la Directiva.

El art. 1733 del Código Judicial establece como mecanismo de *enforcement* la homologación judicial para aquellos acuerdos que hayan seguido las reglas del citado cuerpo legal (arts. 1724 a 1737) y a su vez haya intervenido un mediador adscrito a la *Commission fédérale de médiation/Federale bemiddelings commissie*. Cumpliéndose ambas condiciones, las partes o una de

⁴⁴ Véase *The Cross-Border Mediation (EU Directive) Regulations 2011*. [Statutory Instruments 2011 No. 1133](#).

⁴⁵ Véase la r 78.24 CPR:

“(1) Where the parties, or one of them with the explicit consent of the others, wish to apply for a mediation settlement to be made enforceable, the parties or party may apply

- (a) where there are existing proceedings in England and Wales, by an application made in accordance with Part 23; or
- (b) where there are no existing proceedings in England and Wales, by the Part 8 procedure as modified by this rule and Practice Direction 78 - European Procedures”.

⁴⁶ Véase el [Art. 1724 a 1737](#) del *Code Judiciaire* tras modificación por L. 25-02-21/36.

ellas –sin necesidad del consentimiento de las demás– puede solicitar la homologación del acuerdo al Tribunal competente; dicha homologación sólo será rechazada en caso de ser contraria al orden público.

El *enforcement* de los acuerdos de mediación en Luxemburgo

En Luxemburgo la Ley de 24 de febrero de 2012 (*Loi du 24 février 2012 de médiation en matière civile et commerciale*)⁴⁷ transpuso la Directiva 2008/52/EC, dicha ley introdujo la mediación en materia civil y mercantil en el Código Procesal Civil luxemburgués.

El art. 1521-22 del Código Procesal luxemburgués recoge el régimen jurídico de la mediación. En este sentido, dicho precepto dispone que en aras de obtener la ejecución de un acuerdo de mediación concluido en Luxemburgo, las partes o una de ellas –sin consentimiento de las demás– podrá requerir al Tribunal del distrito (*Tribunal d'arrondissement*) la homologación del acuerdo de mediación, dicho Tribunal otorgará la homologación salvo si el acuerdo fuera contrario al orden público o si tratara de una controversia que no puede ser resuelta por la mediación.

Es importante destacar que lo anterior se circunscribe únicamente a los acuerdos alcanzados en Luxemburgo, cuando ambas partes están domiciliadas o residen habitualmente en dicho país; pues en caso de que se tratara de un litigio transfronterizo, la parte que solicite la homologación necesitará contar con el consentimiento de las demás partes.

4.2. Estudio sobre el *enforcement* de los Acuerdos de Mediación desde una perspectiva extracomunitaria

Hemos de partir de la premisa que la mediación es uno de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos que a día de hoy, en muchos casos, está siendo recibido por los distintos Ordenamientos Jurídicos de la Comunidad Internacional. Pensemos, que el primer texto con vocación internacional que abordó la mediación en materia civil y mercantil apenas sobrepasa la década⁴⁸.

A nivel extracomunitario encontramos un panorama heterogéneo en materia de mediación, en este sentido podemos apreciar como países con un gran peso internacional en transacciones comerciales (*v. gr.* Brasil) no cuentan con una norma que regule la mediación en materia civil/mercantil, o como en países como Estados Unidos la ley reguladora en materia de mediación varía según cada Estado Federal.

Pues bien, siguiendo la línea del presente trabajo, para lograr el carácter ejecutivo de un acuerdo de mediación español en un Estado fuera de la Unión Europea, así como también fuera del

⁴⁷ Véase la *Loi du 24 février 2012 de médiation en matière civile et commerciale*, [JOGDL 5.3.2012](#).

⁴⁸ La Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional fue aprobada en el año 2002.

ámbito de aplicación del Convenio de Lugano, hemos de atender a lo expuesto en el art. 25.3 LMACM;

Cuando el acuerdo de mediación haya de ejecutarse en otro Estado, además de la elevación a escritura pública, será necesario el cumplimiento de los requisitos que, en su caso, puedan exigir los convenios internacionales en que España sea parte y las normas de la Unión Europea.

Teniendo en cuenta lo anterior, en caso que el Estado donde las partes quieran ejecutar el acuerdo no pertenezca a la Unión Europea habrá de estar al régimen convencional bilateral o multilateral existente en materia de reconocimiento y ejecución de resoluciones extranjeras, y ante la inexistencia de convenio habrá de atenderse a la normativa interna del Estado donde se pretenda obtener la ejecución del acuerdo.

Una aproximación a los convenios suscritos por España en materia de competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en derecho civil y mercantil arroja un saldo de poco más de una decena de convenios bilaterales con Estados no pertenecientes a la Unión Europea; esta circunstancia refleja la dificultad que entrañará la ejecución de un acuerdo de mediación en un Estado con el cual España no tenga suscrito un convenio. En estos casos habrá de estudiarse el régimen jurídico que prevea dicho Estado, cuestión que puede elevar su complejidad si dicho Estado no contempla en su Ordenamiento disposición alguna relativa a la mediación.

En este epígrafe examinaremos el régimen jurídico del *enforcement* de los acuerdos de mediación en la República Popular China, en la Federación Rusa, en Estados Unidos y en la República de la India; la elección de estos Estados obedece a su destacado papel global en el tráfico comercial internacional.

El *enforcement* de los acuerdos de mediación en la República Popular China

En la República Popular China ("RPC") la mediación está reconocida como un mecanismo alternativo de resolución de conflictos, asimismo, puede establecerse una división en tres categorías: (i) la mediación supervisada por un tribunal, (ii) la mediación bajo la supervisión de un tribunal arbitral y (iii) la mediación sin la supervisión de un tribunal judicial o arbitral.

En cuanto a la ejecución de los acuerdos de mediación, aquellos que hayan sido alcanzados en el seno de un procedimiento correspondiente a las dos primeras categorías señaladas (judicial o arbitral) gozarán de la fuerza ejecutiva de una resolución judicial o arbitral.

En cuanto a la ejecución de aquellos acuerdos de mediación alcanzados en el marco de la tercera categoría (no judicial ni arbitral), pongamos por ejemplo que el acuerdo se ha alcanzado en el seno de una institución, el acuerdo podrá ser ejecutado como un acuerdo entre las partes. Sin embargo, las partes por mutuo acuerdo, podrán solicitar a un Tribunal de la RPC el

reconocimiento del acuerdo antes de los treinta días en que éste fuera alcanzado, dicho reconocimiento conllevará los mismos efectos que una resolución judicial⁴⁹.

Tras este breve examen del *enforcement* de los acuerdos de mediación en la RPC, hemos de destacar el Tratado Bilateral entre el Reino de España y la República Popular China sobre asistencia judicial en materia civil y mercantil⁵⁰, el Capítulo IV del citado Tratado recoge el régimen jurídico del reconocimiento y ejecución de las decisiones judiciales y laudos arbitrales. El tratado también es aplicable a las transacciones judiciales. Atendiendo al Tratado suscrito entre España y la RPC podrá obtenerse el reconocimiento y ejecución del acuerdo de mediación que se haya alcanzado en el seno de un procedimiento judicial o arbitral, para ello la parte interesada habrá de solicitar ante los Tribunales Populares de media instancia su reconocimiento y/o ejecución adjuntando los documentos reseñados en el art. 20 del Tratado, ha de destacarse que el procedimiento para el reconocimiento y la ejecución se regirá por la ley de parte requerida.

El *enforcement* de los acuerdos de mediación en Estados Unidos

Estados Unidos dispone de una larga y fructífera experiencia en mecanismos alternativos de resolución de conflictos. Éstos, en sus distintas modalidades, pudieron desarrollarse en gran medida gracias al apoyo de las instituciones judiciales. La mayoría de los Estados de los Estados Unidos han adoptado leyes sobre la mediación en distintos ámbitos.

En relación a la heterogeneidad legislativa en materia de mediación en Estados Unidos, podemos destacar la existencia de un proyecto de Uniformidad en Materia de Mediación (*Uniform Mediation Act*, "UMA"), dicho proyecto ha partido de la iniciativa privada (principalmente de la *American Bar Association* y de la *Uniform Law Commission*), a la fecha de este trabajo ocho Estados – Nebraska, Illinois, Nueva Jersey, Ohio, Iowa, Washington, Indiana y Distrito de Columbia– han promulgado una ley de mediación siguiendo la *Uniform Mediation Act*. El principal objetivo de la UMA es promocionar la mediación a través fijar una serie de criterios (*v. gr.* la confidencialidad) que otorguen mayor confianza en este mecanismo de resolución de conflictos.

En lo relativo a la ejecución de los acuerdos de mediación, en Estados Unidos los acuerdos de mediación tienen naturaleza jurídica contractual y como tal habrán de ser ejecutados⁵¹. Sólo

⁴⁹ Véase el art. 194 del Código Procesal Civil de la República Popular de China ("RPC"), reformado con efectos de enero de 2013, que en aras de promover la mediación y mejorar la coordinación con la Ley de Mediación de la RPC, dispone la posibilidad de que las partes participantes en un proceso de mediación puedan solicitar a los Tribunales Populares la homologación del acuerdo de mediación dentro de los 30 días posteriores a su celebración. Siempre que el acuerdo de mediación sea conforme a la ley, el Tribunal emitirá una resolución para confirmar la validez del acuerdo, a partir de entonces, el acuerdo tendrá carácter de resolución judicial y podrá ser ejecutado ulteriormente por el Tribunal.

⁵⁰ Véase el [BOE núm. 26/1994, de 31.1.1994](#).

⁵¹ En este sentido cabe destacar la interesante posición de PARKER (1992), *What can be done to enforce mediation agreements?*, *Defense Counsel Journal* (p. 339) "Absent legislation, a mediation agreement, whether written or

podrán adquirir carácter ejecutivo aquellos acuerdos que hayan sido alcanzados en sede judicial o arbitral y hayan sido formalizados como resolución judicial o laudo arbitral.

El *enforcement* de los acuerdos de mediación en la Federación Rusa

La Federación rusa reconoce la mediación a través de la Ley Federal de 27 de julio de 2010 núm. 193-FZ⁵², sobre el procedimiento alternativo de solución de controversias con la participación de un mediador.

El tratamiento conferido al *enforcement* de los acuerdos de mediación es idéntico al otorgado en la mayoría de Estados de la Comunidad Internacional, en este sentido, los acuerdos de mediación alcanzados en sede judicial o arbitral gozarán de la eficacia ejecutiva de una sentencia o un laudo arbitral, sin embargo, aquellos acuerdos alcanzados por las partes fuera de un procedimiento judicial o arbitral tendrán naturaleza jurídica contractual y como tal deberán ser ejecutados⁵³.

Cabe destacar, que el Reino de España ha firmado, y posteriormente ratificado un Convenio Bilateral sobre asistencia judicial en materia civil con la Federación rusa⁵⁴ (a la fecha de la firma del Convenio, denominada Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas). El Capítulo IV del citado Convenio recoge el régimen jurídico del reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales entre ambos países, contemplando resoluciones relativas a materias civiles y mercantiles así como también la posibilidad de reconocer y ejecutar transacciones judiciales. Llama la atención que los laudos arbitrales queden excluidos de la aplicación del Convenio, cuestión relativamente trascendente, ya que la Federación rusa forma parte de la Convención de Nueva York.

oral, is enforceable subject to common law contract principles. With respect to an oral agreement, proving its terms may be difficult, depending on the degree of confidentiality imposed on the mediation process. Counsel should reduce an oral mediation agreement to writing promptly and include in the written agreement an acknowledgement of the parties' intent to be legally bound by the agreement. One way to enforce a mediation agreement without instituting a separate enforcement action is to incorporate the mediation agreement into a consent decree. However, a consent decree will deprive the parties of the privacy provided by the mediation".

⁵² Véase la [Ley Federal de 27 de julio de 2010 núm. 193-FZ](#), sobre el procedimiento alternativo de solución de controversias con la participación de un mediador en Rusia. Versión no oficial traducida al inglés por el Centro para la Mediación y el Derecho de Moscú.

⁵³ Consúltase en este sentido el art. 12.4 de la Ley Federal de 27 de julio de 2010 núm. 193-FZ.

⁵⁴ Véase el [BOE núm. 151, de 25.6.1997](#).

El *enforcement* de los acuerdos de mediación en India

En la República de la India, el marco jurídico de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos se recoge en la Ley núm. 26/1996 de Arbitraje y Mediación, de 16 de agosto de 1996 (*Arbitration and Conciliation Act, 1996*).

Hemos de comenzar haciendo una importante aclaración, la República de la India distingue la figura de la mediación de la conciliación, ambas son tratadas como conceptos jurídicamente distintos. A nivel internacional muchas son las legislaciones que utilizan ambos términos indistintamente.

Es importante destacar la diferencia conceptual entre ambos términos, pues sus efectos bajo la legislación hindú serán distintos. En este sentido, la diferenciación de ambos términos en cuanto a su dimensión jurídica ha sido asentada mediante la Sentencia del Tribunal Supremo hindú *Afcons Infra. Ltd. & Anr. Vs M/S Cherian Varkey Construction Co. (P) Ltd*, de 26 de julio de 2010; en esta sentencia se cristaliza la principal diferencia en el aspecto del reconocimiento y ejecutividad del acuerdo. A continuación analizaremos la figura de la mediación y la conciliación bajo el derecho hindú desde el prisma de su ejecutividad:

La conciliación bajo el derecho de India

La República de la India facilita enormemente la ejecutividad de los acuerdos de conciliación, en este sentido, el art. 73.3 de la *Arbitration and Conciliation Act* de 1996, dispone que, el acuerdo de conciliación firmado por las partes será final y vinculante para todas ellas; hasta aquí, la disposición señalada viene a confirmar lo dispuesto en la inmensa mayoría de Estados de la Comunidad Internacional, el carácter contractual del acuerdo de conciliación, sin embargo, el art. 74 de la ley hindú de Arbitraje y Mediación fija el status y efecto del acuerdo de conciliación, el ante citado artículo establece que el acuerdo de conciliación tendrá la misma naturaleza y efecto que si se tratara de un laudo arbitral en los términos convenidos en el fondo de la controversia dictada por un tribunal de arbitraje en virtud del artículo 30.

El artículo 30 de la *Arbitration and Conciliation Act* de 1996 viene a señalar la posibilidad de que pendiendo un procedimiento arbitral, las partes puedan llegar a un acuerdo que ponga fin a la controversia, dando por terminadas las actuaciones los árbitros con respecto a los puntos acordados y, si ambas partes lo solicitan y los árbitros no aprecian motivo para oponerse, hagan constar dicho acuerdo en forma de laudo en los términos convenidos por las partes; este artículo que prevé la “homologación” de un acuerdo de mediación como un laudo arbitral proviene en los mismos términos del artículo 30 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial. Atendiendo a lo anterior, en India, un acuerdo de conciliación que haya seguido las formalidades establecidas en la *Arbitration and Conciliation Act* de 1996 tendrá la misma fuerza ejecutiva que un laudo arbitral.

La mediación bajo el derecho de India

Según la interpretación acordada por el Tribunal Supremo hindú, en la mediación, dos o más partes ante una controversia intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su disputa, donde existe una tercera parte, el mediador, que escuchará a las partes, comprobará los hechos y circunstancias relativos a la controversia, creando un ambiente propicio para que las partes en disputa puedan explorar alternativas tendentes a alcanzar una solución.

Podemos apreciar que el papel del mediador es esencialmente neutral no tomando parte activa en la resolución de la controversia, distinto es el papel del conciliador, mucho más activo, como se deriva del art. 65 de la *Arbitration and Conciliation Act*, donde entre sus funciones se encuentra la posibilidad de formular propuestas para la solución del conflicto.

No obstante, como apuntamos anteriormente, los efectos del acuerdo de mediación en India son radicalmente diferentes a los del acuerdo de conciliación, mientras que el primero tendrá la naturaleza jurídica de un contrato, el segundo tendrá la misma eficacia que un laudo arbitral.

5. Propuestas y recomendaciones para lograr el enforcement de los acuerdos de mediación en el ámbito internacional

Tras el análisis y estudio realizado en el presente trabajo sobre la ejecución de los acuerdos de mediación a nivel internacional, procederemos en este epígrafe a apuntar una serie de distintas propuestas prácticas para lograr una efectiva ejecución del acuerdo a nivel internacional. Obviamente, dejaremos a un lado las vías de la transacción judicial o arbitral, y nos centraremos en la ejecución de un acuerdo de mediación alcanzado fuera de la sede judicial o arbitral.

Ante el objetivo de alcanzar la ejecutividad de un acuerdo de mediación hemos de atender a las circunstancias que rodean al procedimiento, pensemos por ejemplo en la nacionalidad de las partes, en el Estado donde se llevará a cabo la mediación o en el Estado donde se pretenderá ejecutar el acuerdo, todas estas son cuestiones que habrán de tenerse en cuenta para estudiar la mejor manera de llevar a cabo un procedimiento de mediación en aras de asegurar una posterior ejecución.

En este epígrafe vamos a examinar qué medidas o mecanismos están a disposición de las partes para poder garantizar una posterior ejecución del acuerdo:

Recomendación para dotar de ejecutividad a los acuerdos de mediación domésticos en España

Tal y como hemos podido ver en este trabajo, para que un acuerdo de mediación pueda ostentar el rango de título ejecutivo habrá de ser formalizado como tal (ex art. 25 LMACM), para ello es necesario que las partes mediante solicitud conjunta o mediante la solicitud de una parte con el consentimiento expreso de la otra lo eleven a escritura pública.

De conformidad con el principio de libertad de pactos, consagrado en el art. 1255 del Código Civil, las partes pueden incluir en el acuerdo de mediación una cláusula en virtud de la cual puedan compelerse a elevar a público el acuerdo de mediación.

Una vez que el acuerdo de mediación tenga carácter ejecutivo en España, podrá ser reconocido y ejecutado en el resto de Estados Miembros de la Unión Europea mediante el Reglamento 44/2001, así como en Suiza, Noruega e Islandia en virtud del Convenio de Lugano de 2007.

Por otro lado, un mecanismo de *enforcement* que redundaría en el fomento y promoción de la mediación, sería la inclusión de la mediación como un expediente más dentro de una Ley de Jurisdicción Voluntaria, esto, abarataría los costes de elevar a público el acuerdo de mediación y al mismo tiempo se dotaría de un eficaz y rápido sistema de *enforcement* para el acuerdo de mediación. Esto mismo ya se contempló en el Proyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil, de 27 de octubre de 2006⁵⁵; en este sentido dicho proyecto preveía en su art. 29 la posibilidad de que antes de la demanda, los interesados pudieran intentar la conciliación, siendo competente para conocer de los actos de conciliación –esto es, actuar como mediador según los términos del proyecto de Ley– el Secretario judicial que corresponda al Juzgado de Primera Instancia, o del Juzgado de lo Mercantil cuando se trate de materias de su competencia, o el Juez de Paz del domicilio del requerido. Sin duda, el aspecto más interesante a efectos del *enforcement* del acuerdo de mediación, es el art. 37 del mencionado Proyecto de Ley, pues prevé que de conformidad con el art. 517.2.9º LEC⁵⁶, lo convenido por las partes en conciliación, acompañado de la certificación del acta de conciliación tenga aparejado ejecución, pudiendo ejecutarse por el Juzgado de Primera Instancia o el Juzgado de lo Mercantil que corresponda, teniendo, en los demás casos, valor y eficacia de un convenio consignado en documento público y solemne.

Sin duda, la inclusión de la mediación como un expediente más en la proyección –actual– de la Ley de Jurisdicción Voluntaria⁵⁷, supondría el mayor impulso que puede recibir la mediación, al dotar de un mecanismo sencillo, económico, eficaz y rápido de ejecución del acuerdo de mediación.

⁵⁵ Véase el Proyecto de ley de Jurisdicción voluntaria para facilitar y agilizar la tutela y la garantía de los derechos de la persona y en materia civil y mercantil, de 27 de octubre de 2006. [Boletín Oficial de las Cortes Generales nº 109-1, 27.9.2006](#).

⁵⁶ Véase el art. 517.2.9 LEC “Sólo tendrán aparejada ejecución los siguientes títulos: (...) Las demás resoluciones procesales y documentos que, por disposición de esta u otra ley, lleven aparejada ejecución”.

⁵⁷ Véase el actual [Anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria](#) presentado por el Consejo de Ministros en octubre de 2013, que prevé en su artículo 116 lo reflejado en el anterior Proyecto de Ley en su artículo 37, el hecho de poder aparejar la ejecución a lo convenido por las partes en la conciliación.

Recomendación para dotar de ejecutividad a los acuerdos de mediación comunitarios la Unión Europea

El principio de libertad de pactos está reconocido en todos los Estados Miembros de la Unión Europea⁵⁸. Como hemos apuntado a lo largo del presente trabajo, todos los EEMM garantizan que las partes puedan dar carácter ejecutivo al contenido de un acuerdo escrito resultante de la mediación, pues ello resulta de la transposición del art. 6 de la Directiva 2008/52/EC.

En este sentido, hemos visto como los EEMM ponen a disposición de las partes distintos mecanismos para otorgar carácter ejecutivo al acuerdo de mediación; por ejemplo, la elevación a escritura pública en España y Alemania, la homologación judicial en Francia, Bélgica y Luxemburgo, la solicitud de una resolución judicial de ejecutividad (*mediation settlement enforcement order*) en Inglaterra y Gales, etc.

Todas las legislaciones de los EEMM de la UE en materia de ejecutividad de los acuerdos de mediación tienen como común denominador la necesidad de que todas las partes expresen su voluntad en tal sentido (a excepción de algunos EEMM como Grecia e Italia, donde se prevé la posibilidad unilateral de dotar de ejecutividad al acuerdo de mediación).

Pues bien, siguiendo el esquema propuesto anteriormente y en virtud del principio de libertad de pactos que rige en todos los Estados Miembros de la UE, las partes que estén domiciliadas o residan habitualmente en un Estado Miembro y que deseen otorgar ejecutividad al acuerdo a nivel comunitario, podrán incluir en dicho acuerdo una cláusula en virtud de la cual, las partes puedan compelerse a elevar a público el acuerdo de mediación, concedan su autorización a homologar judicialmente el acuerdo o que una de las partes pueda solicitar una resolución judicial que dote de carácter ejecutivo al acuerdo.

Igual que expusimos en el anterior apartado, una vez que el acuerdo de mediación tenga carácter ejecutivo en un EM de la UE, podrá ser reconocido y ejecutado en cualquier otro EM mediante el Reglamento 44/2001, así como en Suiza, Noruega e Islandia en virtud del Convenio de Lugano de 2007.

Propuesta para dotar de ejecutividad a los acuerdos de mediación transfronterizos en el ámbito internacional

El *enforcement* de los acuerdos de mediación en ámbito internacional es una cuestión compleja. En primer lugar la regulación en materia de mediación es algo reciente y aún son muchos los países

⁵⁸ Entre otros; Alemania: Artículo 2(1) de la Constitución Alemana; Grecia: Artículo 5(1) de la Constitución Helena y artículo 3 del Código Civil griego; España: Artículos 6 y 1255 del Código Civil Español; Francia: Artículo 6 del Código Civil Francés; Bélgica: Artículo 1123 del Código Civil Belga; Luxemburgo: Artículo 1134 pár. 1 del Código civil luxemburgués; Italia: Art. 1322 del Código Civil Italiano; Países Bajos: Artículo 6:248 BW; Portugal: Artículo 405 del Código Civil; Austria: Artículo 859 ABGB.

qué no han legislado en este campo; en segundo lugar, la falta de un mecanismo internacional semejante a la Convención de Nueva York complica si cabe aún más la posibilidad de lograr el *enforcement* de los acuerdos de mediación.

No obstante, existen foros que han desarrollado mecanismos para lograr la ejecución de un acuerdo de mediación a nivel internacional, en este sentido, podemos destacar los siguientes:

- El artículo 12 de las Reglas de Mediación del Instituto de la Cámara de Comercio de Estocolmo prevé que, una vez que las partes hayan llegado un acuerdo de mediación puedan, bajo la aprobación del mediador, designar a éste como árbitro para que confirme el acuerdo como laudo arbitral.
- El artículo 4 de las Reglas de la Cámara Federal de Economía de Austria (*Wirtschaftskammer Österreich*) prevé que, si se alcanzará un acuerdo de mediación y existiera un acuerdo de arbitraje válido, las partes podrán designar al mediador como árbitro único, siempre y cuando todas las partes así lo soliciten, de esta forma el árbitro autenticará el acuerdo de mediación en laudo arbitral.

Así pues, un acuerdo de mediación alcanzado en determinados foros, como la Cámara de Comercio de Estocolmo o la Cámara Federal de Economía de Austria, podrá ser recogido en forma de laudo, y posteriormente podrá ser reconocido y ejecutado a través de la Convención de Nueva York en cualquiera de sus 149 Estados miembros.

Por tanto, si ante la existencia de una controversia internacional, las partes quisieran acudir a la mediación en aras de tener un total control del proceso y asimismo quisieran asegurarse la ejecutividad del acuerdo resultante, podrían acudir a un foro de conveniencia, que les permita en una fase posterior homologar el acuerdo como laudo arbitral.

Aunque sin duda el mecanismo desarrollado por la Cámara de Comercio de Estocolmo o por la Cámara Federal de Economía de Austria, aporta un eficaz sistema de *enforcement* de los acuerdos de mediación, (recordemos que, el mecanismo de consiste en designar como árbitro al mediador una vez que las partes han alcanzado un acuerdo, y posteriormente, éste es formalizado como laudo arbitral), éste no puede ser trasladado a otras jurisdicciones, porque bajo la mayoría de jurisdicciones es necesaria la existencia de una controversia en el momento que se designa al árbitro. Por ejemplo, en la Ley española de arbitraje, el artículo 9 dispone que “*el convenio arbitral (...) deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual*”, es decir, las partes no pueden designar un árbitro con el objeto de conseguir el *enforcement* de su acuerdo de mediación en forma de laudo, pues, no existe controversia alguna. En este mismo sentido, el art. 1029 del Código Procesal Civil alemán (*Zivilprozessordnung*) que exige la existencia de una controversia entre las partes para acudir al arbitraje; en la misma línea tenemos también el art. 1442 del Código Procesal Civil francés (*Code de procédure civile*) que señala la necesidad de una controversia para acudir al arbitraje; o el art. 6 (1) de la Ley inglesa de

arbitraje que dispone que el convenio de arbitraje es un convenio para someter a arbitraje las presentes o futuras controversias⁵⁹.

Visto lo anterior, las partes que quieran someterse a una mediación internacional y quieran lograr la ejecutividad de su acuerdo a nivel internacional, podrán alcanzar este objetivo optando por una de las siguientes vías:

- (i) *Forum shopping*; Las partes pueden someter su controversia a una institución internacional privada como la Cámara de Comercio de Estocolmo ("CCE"), pues tal y como hemos expuesto anteriormente, en virtud del artículo 12 del Reglamento de mediación de la CCE, una vez que las partes hayan alcanzado un acuerdo, podrán designar al mediador como árbitro y, posteriormente, éste podrá confirmar el acuerdo en un laudo arbitral; obteniendo así las partes una resolución que puede ser reconocida y ejecutada ampliamente a través de la Convención de Nueva York de 1958.
- (ii) Configurar una mediación como "arbitraje-mediación-arbitraje", es decir, habida cuenta de que el mecanismo señalado en el párrafo (i) no puede ser trasladado a la mayoría de jurisdicciones, por la necesidad de la existencia de una controversia a la hora de acudir al arbitraje; las partes pueden evitar este problema, designando un árbitro al comienzo de la mediación, y una vez alcanzado un acuerdo durante el proceso de mediación, obtener en un laudo el contenido del acuerdo de mediación⁶⁰. No obstante, esta solución podría presentar un problema, en caso que no se llegará a un acuerdo en el procedimiento de mediación, el cauce de la resolución discurriría por el curso del arbitraje, no pudiendo acudir a la vía judicial.

⁵⁹ En este sentido, véase el análisis de SUSSMAN (2009), "The New York Convention through a mediation prism", *Dispute Resolution Magazine*. Volume 15, nº4 ("An appointment [of an arbitrator] after the dispute is settled may not be possible to effect in many jurisdictions because under local law there must be a dispute at the time the arbitrator is appointed. For example, (...) New York state law provides that an "agreement to submit any controversy thereafter arising or any existing controversy to arbitration" is enforceable. As there is no "present or future dispute" or "controversy thereafter arising or... existing" once the dispute is settled in mediation, such provisions may be construed to mean that it is not possible to have an arbitrator appointed to record the settlement in an award").

⁶⁰ Son interesantes a este respecto las reflexiones de SUSSMAN (2009), "Developing an effective med-arb/arb-med process", *New York Dispute Resolution Lawyer* ("Combining mediation and arbitration in a hybrid process with the same neutral can be an effective mechanism for reducing costs, increasing efficiency and maximizing the possibility of achieving the win-win result that optimizes the position of all parties and arrives at the best resolution of a dispute").

6. Conclusión

“Evite litigar, persuada a sus vecinos a comprometerse cuando puedan. Muéstreles como el ganador es a menudo un auténtico perdedor –en honorarios, gastos y pérdida de tiempo–. Como pacificador, el abogado tiene una gran oportunidad de ser un mejor hombre. Seguirá habiendo negocio”⁶¹, en esta cita de Abraham Lincoln pueden resumirse las ventajas principales de la mediación. Asimismo, por primera vez, contamos con un marco jurídico a nivel comunitario y nacional para llevar a cabo la mediación; sin embargo, no hemos de olvidar, tal y como señalábamos en la cita de Hobbes con la que comenzábamos este trabajo, que “*los pactos que no descansan en la espada no son más que palabras, sin fuerza para proteger al hombre, en modo alguno*”, en otras palabras, el éxito o fracaso de la mediación como mecanismo alternativo de resolución de conflictos radicarán en la posibilidad de lograr mecanismos de *enforcement* para los acuerdos de mediación, esta labor corresponderá en gran medida al legislador, pero también al ingenio, trabajo y creatividad de todos los operadores jurídicos.

7. Bibliografía

- T. ARMENTA DEU, F. CORDÓN MORENO, J. J. MUERZA ESPARZA e I. TAPIA FERNÁNDEZ (2011), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomos I y II, Aranzadi, Cizur Menor.
- E. ARROYO (2002), “Hacia la escritura electrónica europea”, *Revista Escritura Pública*, núm. 16, pp. 26-28.
- M. BROWN (2012), *Where the Uniform Mediation Act Stands in the States*, International Institute for Conflict Prevention and Resolution. Consultado 2 marzo 2013, disponible en www.cpradr.org.
- J.R. COBEN y P.N. THOMPSON (2006), *Disputing Irony: A systematic Look at Litigation about Mediation*, *Harvard Negotiation Law Review*, Vol. 11, p. 43.
- F. CORDÓN MORENO (2005), *El arbitraje de derecho privado: Estudio breve de la Ley 60/2003 de 23 de diciembre de arbitraje*, Civitas, Cizur Menor.
- E. D’ALESSANDRO (2011), *Enforcing Agreements resulting from mediation within the European Judicial area: a comparative overview from an Italian perspective*, University of Rome, based on the author’s speech delivered at the European Conference on Cross-Border Mediation, Florence, October 2011, disponible en <http://ssrn.com/abstract=1950988>.

⁶¹ “Discourage litigation. Persuade your neighbors to compromise whenever you can. Point out to them how the nominal winner is often a real loser -- in fees, expenses, and waste of time. As a peacemaker the lawyer has a superior opportunity of being a good man. There will still be business enough.” Abraham Lincoln. Notas para una conferencia. 1 de Julio de 1850.

G. DE PALO y M.B. TREVOR (2012), *EU Mediation law and Practice*. Oxford University Press.

U. DROBNIG y C. VON BAR (2004), *Study on Property Law and Non-contractual Liability Law as they relate to Contract Law*. European Commission. Directorate-General for Health and Consumer Protection. SANCO B5-100/02/000574.

D. ENGSTROM y C. MARIAN (2011), *Striking the Hard Bargain: The Implementation of the EU Mediation Directive in Sweden*. International Bar Association, Legal Practice Division, Mediation Newsletter, pp. 22-24.

C. ESPLUGUES MOTA (2012), “El régimen jurídico de la mediación civil y mercantil en conflictos transfronterizos en España tras la Ley 5/2012, de 6 de julio (Cross-Border Mediation in Spain after the Enactment of Act 5/2012 on Mediation in Civil and Commercial Matters)”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 2013-1.

A. GHOSH y D. DATTA (2011), *Mediation and Enforceability: Asia's growing dilemma*. Gujarat National Law University. ExpressO. Consultado 27 Abril 2013, disponible en www.works.bepress.com.

I. GOMÁ LANZÓN (2006), *La escritura otorgada ante notario extranjero*, Conferencia pronunciada en Academia Matritense del Notariado y publicada en sus Anales Tomo XLV y XLVI.

--- (2012), “De las piedras y el tejado propio”, *El notario del Siglo XXI*, Septiembre-Octubre 2012, núm. 45.

T. G. HEINTZMAN (2012), *When is a mediation agreement enforceable?*, Heintzman and Goldsmith on Canadian Building Contracts, 4th Edition, Chapter 10, part 6.

A. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2011), *Efectos en España de sentencias dictadas en procedimientos contenciosos*, Derecho Internacional Privado – Open Course Ware, Universidad de Cantabria.

J. K. HOPT y F. STEFFEK (2013), *Mediation: principles and regulation in comparative perspective*, Oxford University Press, 1^a ed.

A. INGEN-HOUSZ (2011), *ADR in Business. Practice and issues across countries and cultures. Volume II*. Kluwer Law International, The Netherlands.

C. MARIAN (2011), “Beyond the EU Directive on Mediation: Solving national problems at a national level”, *Kluwer Mediation Blog*. Consultado 14 Abril 2013, disponible en <http://kluwermediationblog.com/>.

V. O'CONNELL (2011), “Mandatory Mediation in Italy? Mamma Mia!”, *The Wall Street Journal, Law Blog*. Consultado 6 Abril 2013, disponible en www.blogs.wsj.com/law/.

B.R. PARKER (1992), "What can be done to enforce mediation agreements?", *Defense Counsel Journal*, pp. 322 – 339.

C. PAZ-ARES (2003), "El [enforcement de los pactos parasociales](#)", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 5, pp. 19-43.

A. I. PRIBETIC (2007), "[The "Third Option": International Commercial Mediation](#)", *World Arbitration and Mediation Review*, Vol. 1, núm. 4, pp. 563-587.

P.V. REDDI (2011), *Report No. 238: Amendment of Section 89 of the Code of Civil Procedure, 1908 and Allied Provisions*, Law Commission of India.

G. SHARP (2012), "[The handbrake on global mediation](#)", *Kluwer Mediation Blog*. Consultado 20 Abril 2013, disponible en www.kluwermediationblog.com.

B. L. STEELE (2007), "Enforcing International Commercial Mediation Agreements as Arbitral Awards under the New York Convention". Symposium Editor, The Regents of the University of California, *UCLA Law Review*, Vol. 54, Rev. 1385.

E. SUSSMAN (2008), *The Final Step: Issues in Enforcing the Mediation Settlement Agreement*, Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation, The Fordham Papers, Martinus Nijhoff Publishers, pp 343-360.

--- (2009a), "[The New York Convention through a mediation prism](#)", *Dispute Resolution Magazine*, Vol. 15, núm. 4, American Bar Association.

--- (2009b), "[Developing an Effective Med-Arb/Arb-Med Process](#)", *New York Dispute Resolution Lawyer Magazine*, núm. 1, New York State Bar Association.

A. M. TAHA EL SIDDIK (2011), "[Enforceability of the mediation outcome](#)", *eLaw Journal: Murdoch University Electronic Journal of Law*, Vol. 17, núm. 2.

E. TRIGO SIERRA y A. J. MOYÁ FERNÁNDEZ (2012), "[La mediación civil y mercantil en España y en el Derecho Comparado: A propósito del Real Decreto-Ley 5/2012](#)", *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 32, pp. 102-112.

I. VIOLA DEMESTRE (2012), "[La mediación en asuntos civiles y mercantiles: \(breves notas a la Ley 5/2012, de 6 de julio\)](#)", *Revista chilena de derecho y ciencia política*, Vol. 3, núm. 2, pp. 159-187.

R. WILKE, R. KREINDLER y M. RIEDER (2012), *The New German Mediation Act – Paving the way for mediation as established standard in Dispute Resolution*, International Arbitration, Shearman & Sterling LLP. Consultado 10 Marzo, disponible en www.shearman.com.